

**Grensen mellom virksomhet og passiv
kapitalforvaltning innen handel med verdipapirer.**

Kandidatnummer: 506
Leveringsfrist: 27.4.2009

Til sammen 13 857 ord

26.04.2009

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Problemstillingen	1
1.2	Skattelovens kapitalbegrep	1
1.3	Avgrensning	2
1.4	Den videre fremstilling	2
<u>2</u>	<u>GENERELT OM VIRKSOMHETSBEGREPET.</u>	<u>3</u>
2.1	Innledning	3
2.2	Aktivitet av et visst omfang og en viss varighet	3
2.3	Aktivitet utøvet for skattyters regning og risiko	5
2.4	Aktiviteten må objektivt sett være egnet til å gi overskudd	6
2.5	Oppsummering	7
<u>3</u>	<u>GRENSEDRAKNINGENS AKTUALITET.</u>	<u>8</u>
3.1	Innledning	8
3.2	Beregning av personinntekt	8
3.3	Fritaksmetoden ved skattefri omdanning av enkeltpersonforetak	10
3.4	Tilbakeføring av underskudd ved opphør av virksomhet	10

<u>4</u>	<u>VURDERINGSTEMAET FOR AT KAPITALFORVALTNING AV VERDIPAPIRER SKAL BLI ANSETT FOR Å VÆRE VIRKSOMHET.</u>	<u>11</u>
4.1	Innledning	11
4.1.1	Definisjonen verdipapirhandel	11
4.1.2	Kort om rettskildene	12
4.1.3	Videre fremstilling	13
4.2	Aktivitet av et visst omfang	13
4.2.1	Betydningen av gradvis økt aktivitet	14
4.2.2	Avkastningens størrelse	15
4.2.3	Investeringens risiko	17
4.2.4	Skattyters egenaktivitet ved å delta i møter og i forhold til å vurdere markeder	19
4.2.5	Verdipapirporteføljens totale markedsverdi	20
4.2.6	Lånebeløpets størrelse	21
4.2.7	Antall transaksjoner og omsetningens størrelse	22
4.3	Varighet og regelmessighet	26
4.3.1	Aktivitetens formål må være å oppnå kortsiktige gevinster	28
4.4	Systematisk og vedvarende	29
4.5	Særlig om porteføljeforvaltere	29
<u>5</u>	<u>MULIGHETEN FOR Å LAGE SJABLONREGLER FOR GRENSEN MELLOM VIRKSOMHET OG PASSIV KAPITALINNTEKT VEDRØRENDE VERDIPAPIRHANDEL.</u>	<u>31</u>
5.1	Innledning	31
5.2	De ulike hensyn	32
5.3	Sjablonregler på fasteiendom	33
5.4	Hensiktsmessigheten av å utvikle sjablonregler for verdipapirhandel	34
<u>6</u>	<u>SPEIELT OM VENTUREVIRKSOMHET.</u>	<u>35</u>

<u>7</u>	<u>I HVILKEN UTSTREKNING KAN ULIKE AKTIVITETER VURDERES UNDER ETT VED AVGJØRELSEN AV OM SKATTYTER DRIVER VIRKSOMHET?</u>	<u>37</u>
7.1	Skattyters ulike aktiviteter	37
7.2	Ulike skattesubjekter	39
<u>8</u>	<u>KAN SKATTYTER VELGE Å BEHOLDE FINANSAKTIVA PRIVAT VED VURDERINGEN AV OM HAN DRIVER VIRKSOMHET ?</u>	<u>40</u>
<u>9</u>	<u>KAN SKATTYTERS SKATTEPOSISJON OVERFØRES TIL NYTT SKATTESUBJEKT?</u>	<u>41</u>
	<u>KILDELISTE:</u>	<u>44</u>

1 Innledning

1.1 Problemstillingen

Problemstillingen i denne oppgaven er å redegjøre for når forvaltning av verdipapirer går fra å være passiv kapitalinntekt etter sktl. § 5-20 og over til å bli virksomhetsinntekt etter §5-30. Denne grensedragningen har fått ny aktualitet med den seneste skattereformen som viser seg blant annet ved de mange bindende forhåndsuttalelsene som er avgitt i tilknytning til reformen, de siste årene.

Etter hovedregelen i § 5-1 deles inntekt inn i bl.a. kategoriene arbeid jf. § 5-10, kapital jf. § 5-20 og virksomhet jf. § 5-30. Imidlertid er det ingen klare grenser i skatteloven for de ulike inntektene. Samtidig som det har utviklet seg en lang praksis på de ulike grensedragningene, er det fortsatt uklart hvor grensen eksakt skal settes. Grensen settes da konkret i hvert enkelt tilfelle ut fra en helhetsvurdering med retningslinjer fra langvarig praksis.

1.2 Skattelovens kapitalbegrep

Etter hovedregelen i skatteloven § 5-1 første ledd, anses enhver fordel vunnet ved kapital eller virksomhet, som skattepliktig inntekt. Denne fordelingen kan blant annet være utbytte av finansgjenstander utenfor virksomhet jf. § 5-20 første ledd, litra b. eller i virksomhet jf. § 5-30 første ledd. En annen type fordel kan være gevinst ved realisasjon av formuesobjekt, jf. § 5-1 annet ledd, når det er utenfor virksomhet og § 5-30 første ledd når det er i virksomhet.

Forskjellen mellom utbytte og gevinst er at utbytte av verdipapirer forekommer fortløpende og gevinst foreligger først ved realisasjon av aksjene, typisk salg, jf. § 9-2 første ledd, litra a. Tanken bak skillet er at det gjelder ulike skatteregler for utbytte og gevinst. Typisk sær reglene i skattelovens kapittel 9 ved gevinster, jf. § 5-1 annet ledd, annet punktum og § 5-30 annet ledd.

For å beskrive kapitalinntekt etter § 5-20 blir det i denne avhandlingen brukt begrepet passiv kapitalinntekt eller passiv kapitalplassering eller -forvaltning uten at begrepene har noen meningsforskjell. Dette er ikke en formulering som blir brukt i skatteloven men som er brukt her for å skille mellom kapital- og virksomhetsinntekt.

Begrepene passiv og aktiv blir også brukt for å beskrive hhv. kapital- og virksomhetsinntekt. Dette relaterer seg til den aktivitet som er utøvet i sammenheng til forvaltningen av kapitalen.

1.3 Avgrensning

I denne oppgaven skal det bare gjøres rede for grensedragningen mellom passiv kapitalinntekt og virksomhet, med hovedvekt på forvaltning av aksjer på Oslo børs. Det vil imidlertid redegjøres for særtilfellet venturevirksomhet i kapittel 6.

1.4 Den videre fremstilling

I den videre fremstillingen vil det i kapittel 2 kort redegjøres for de sentrale trekk ved virksomhetsbegrepet, og deretter i kapittel 3 for hvorfor det er aktuelt med grensedragningen og hvilke konsekvenser det har at en aktivitet enten klassifiseres som virksomhet eller passiv kapitalinntekt. I kapittel 4 vil det redegjøres for vurderingstemaet for at kapitalforvaltning skal bli ansett å være virksomhet. Dernest i kapittel 5 vil det redegjøres for muligheten til å lage sjablonregler for verdipapirhandel. Videre vil det redegjøres for særtilfellet venturevirksomhet i kapittel 6, og i kapittel 7 vil det redegjøres for i hvilken utstrekning ulike aktiviteter kan vurderes samlet ved grensedragningen kapital og virksomhet. I kapittel 8 redegjøres det for skattyters mulighet til å beholde finansaktiva

som passiv kapitalforvaltning ved vurderingen av om han driver virksomhet. Endelig vil det redegjøres for overføring av skattyters skatteposisjon til et nytt skattesubjekt, i kapittel 9.

2 Generelt om virksomhetsbegrepet.

2.1 Innledning

Skatteloven har ingen generelle regler om når en aktivitet er å anse som virksomhet. Virksomhetsregelen i § 5-30 (1) sier bare at fordel vunnet ved ”virksomhet” omfatter blant annet avkastning av kapital i virksomhet.

I de fleste tilfeller er det klart om aktiviteten er av den ene eller annen karakter. Imidlertid kan spørsmålet i enkelte tilfelle være meget tvilsomt. Spørsmålet må da avgjøres etter en helhetsvurdering av en rekke momenter. Det følger av doms- og ligningspraksis og juridisk litteratur at følgende momenter vil være sentrale:¹ Det må være utøvet aktivitet av et visst omfang og en viss varighet. Aktiviteten må være utøvet for skattyterens regning og risiko, og den må objektivt sett være egnet til å gi overskudd. Se forøvrig lignings-ABC 2008/09 på side 1322 under punkt 3.1.

Videre i dette kapittelet vil det gis en kort oversikt over de generelle momentene ved virksomhetsbegrepet.

2.2 Aktivitet av et visst omfang og en viss varighet

¹ Ot.prp. nr. 86 (1997-98) side 48.

Det mest sentrale i vurderingen av om inntekten skal klassifiseres som passiv kapitalinntekt eller virksomhet, er kriteriet om at det må være utøvet aktivitet av et visst omfang og en viss varighet. Ordlyden ”virksomhet” i seg selv, trekker i retning av at det kreves en viss form for aktivitet. Videre følger det av den kontekstuelle sammenhengen mellom §§ 5-20 og 5-30 at det kreves et visst omfang. Når skatteloven opererer med kapitalinntekter som en egen inntektstype ved siden av virksomhetsinntekter, må det innebære at aktivitet i beskjeden målestokk bør anses som passiv kapitalforvaltning og ikke virksomhet. Skattyter bør kunne utøve noe aktivitet med forvaltning av sin kapital uten at det blir oppfattet som virksomhet.

Hvor mye det kreves av aktivitetens omfang er noe som er lagt opp til myndighetene å avgjøre i hvert enkelt tilfelle. I en helhetsvurdering er det i praksis ofte lagt avgjørende vekt på den aktivitet som forvaltningen krever av skattyteren. Ved utleie av bygninger, kreves det f.eks. at skattyteren finner nye leietakere, utkastelse av tidligere leietakere, føre regnskap over inn- og utbetalinger, stille håndverkere ved behov mv.

Videre så følger det av lignings-ABC 2008/09 på side 1327 under punkt 3.3.2, at aktiviteten ikke behøver å være utøvet av skattyteren selv. Aktivitet som utøves av andre men for skattyters regning og risiko kan tilordnes skattyters aktivitet. F.eks. aktivitet utført av personer som er ansatt hos skattyteren.

Hyppigheten av aktiviteten kan også trekke i retning av virksomhet. Eksempelvis blir kortidsutleie lettere virksomhet enn langtidsutleie pga. arbeidet med å skaffe nye leietakere.

Aktivitetens art kan også spille en rolle. F.eks. utleie av forretningslokaler blir trolig lettere virksomhet enn utleie av boliger.

I Rt. 1973 s. 931 Holst drev skattyterne utleie av fire forretningseiendommer med samlet utleieareal på ca. 2500 kvm. Årlig leie var forholdsvis lav. Når eiendommen ble solgt var spørsmålet om gevinsten ved salget skulle beskattes som virksomhetsinntekt. Høyesterett kom til at driften av eiendommen var virksomhet. Det ble lagt vekt på at utleieaktiviteten hadde foregått over en årrekke, at det gjaldt forretningseiendommer i et utpreget forretningsstrøk og at det utleide arealet var betydelig.

Det er også utviklet sjablonregler som gir klare retningslinjer for hvor stort omfanget skal være før aktiviteten kan anses for å være virksomhet. Ved utleie av bygninger må det foretas en helhetsvurdering, men som utgangspunkt kan en gå ut fra at det er virksomhet å leie ut til forretningsformål, mer enn ca. 500 kvm, eller bolig- og fritidsformål, 5 boenheter eller mer. Har eieren et høyt aktivitetsnivå skal det mindre til før det blir virksomhet, mens det bare unntaksvis kan være aktuelt å sette grensen på 500 kvm og 5 boenheter på et høyere nivå. Se lignings-ABC 2008/09 på side 1328 under punkt 3.3.11; Utleie av bygninger.

Ved tvil om skattyters aktivitet er tilstrekkelig, kan det også være andre momenter som i en konkret kan føre til at virksomhet foreligger.

2.3 Aktivitet utøvet for skattyters regning og risiko

At aktiviteten må være utøvet for skattyterens regning og risiko innebærer at det er skattyteren som må bære kostnadene av aktiviteten og at ansvaret må ligge på ham. Dette kriteriet er mest aktuelt å vurdere i praksis ved grensen mellom arbeid og virksomhet.

Dersom skattyteren har ansvaret for at arbeidet blir utført taler det for at aktiviteten til skattyter skal anses som virksomhet. Det er altså på skattyters regning og risiko når arbeidet ikke blir oppfylt etter avtalen. Som regel er det kontrakten mellom partene som avgjør hvem som har ansvaret for at arbeidet blir utført. Men det kan være at det ikke foreligger noen avtale, og da er det de faktiske begivenhetene som blir avgjørende for hvem som har ansvaret.

I denne forbindelse er definisjonen i folketrygdloven § 1-10 av begrepet ”selvstendig næringsdrivende” direkte relevant for grensen mellom arbeids- og virksomhetsinntekt i skatteloven, jf. Rt. 2000 s. 1981 Fabcon. I folketrygdloven § 1-10 er det gitt en rekke momenter som det skal legges vekt på ved avgjørelsen av om en person skal regnes som selvstendig næringsdrivende. Se nærmere folketrygdloven § 1-10.

I rettspraksis er det utviklet en del momenter som forøvrig belyser nærmere innholdet av kriteriet regning og risiko i skatterettslig forstand. I Rt. 2002 s. 996 Skoog Hedren var det sentrale om skattyteren hadde ansvaret for arbeidsresultatet, der det blir uttalt: ”sentralt står spørsmålet om hvem som har risikoen og ansvaret for resultatet, det vil si konsekvensene for oppdragstaker om avtale ikke oppfylles. Dette kan ofte bare avgjøres ved en nærmere analyse av de øvrige elementer i avtaleforholdet, herunder hvor ledelsen, instruksjonen og kontrollen med utføring av oppdraget ligger.”

Dette kriteriet skal også være oppfylt ved grensen mellom kapital og virksomhet. Men i de fleste tilfeller er det ikke tvil om hvem som har regning og risiko når det gjelder grensenedragningen mellom virksomhet og kapital. Ved grensen mellom kapital- og virksomhetsinntekt er dette kriteriet sentralt moment når man skal identifisere skattesubjektet, i relasjonen mellom en aktivitet og ett eller flere skattesubjekter. Dersom skattyter har flere som har utført en aktivitet som en del av hans egen aktivitet, kan dette momentet belyse hvilket skattesubjekt aktiviteten skal plasseres ved. Dette skal det redegjøres nærmere for i pkt. 4.5.

2.4 Aktiviteten må objektivt sett være egnet til å gi overskudd

Det neste kriteriet som går ut på at aktiviteten objektivt sett må være egnet til å gi overskudd, innebærer at aktiviteten på en eller annen måte må gå ut på å skape verdier, i motsetning til f.eks. å forbruke dem, drive veldedig aktivitet, utdanning, omsorg o.l. Se nærmere Frederik Zimmer, skatterett 5. utgave på side 128, der han forøvrig bruker begrepet økonomisk karakter som samlebetegnelse for bl.a. kriteriet, egnet til å gi overskudd.

Dette kriteriet er mest aktuelt i praksis ved grensen mellom virksomhet og bl.a. fritidssysler. Aktivitet som ikke gir rimelig mulighet for økonomisk overskudd, faller utenfor virksomhetsbegrepet.

Den sentrale dom om begrepet egnet til å gi overskudd er Rt. 1985 s. 319 Ringnes. Ringnes eide en jordbrukseiendom der driften i alle år hadde gått i underskudd. Spørsmålet

i saken var om han kunne få dette underskuddet fradratt i sine øvrige inntekter. Dette berodde igjen på om Ringnes drift av eiendommen kunne anses som virksomhet, eller om eiendommen skulle anses som et feriested. Høyesterett stadfestet ligningen som nektet fradrag. Begrunnelsen for Høyesteretts avgjørelse var bl.a. at aktiviteten måtte objektivt sett være egnet til å gi overskudd, om ikke det år ligningen gjaldt så i alle fall på noe lengre sikt. Og i denne saken var det tvilsomt om det var rimelig mulighet for at driften ville komme over på overskudd når den i alle år hadde gått med underskudd.

Etter dette er de sentrale momentene, som Ringnes-dommen fastslår, for det første om aktiviteten vil kunne lede til overskudd. Det er ikke tilstrekkelig at aktiviteten skaper bruttoinntekter hvis omkostningene som er forbundet med aktiviteten overstiger disse. For det andre skal vurderingen ha utviklingen over en årrekke for øye, ikke bare det enkelte inntekts år. For det tredje skal vurderingen være objektiv, skattyters subjektive oppfatning av karakteren av sin aktivitet er altså ikke avgjørende. Se forøvrig Rt. 1965 s. 1159 Vister. Dette er blant flere av momentene som praksis har lagt vekt på ved avgjørelsen av om aktiviteten er egnet til å gi overskudd.

Ved grensedragningen mellom kapital og virksomhet er dette kriteriet, om aktiviteten er egnet til å gi overskudd, mindre aktuell i praksis. Det vil ikke oppstå den samme tvil som ved grensedragningen mellom virksomhet og fritidssysler. Teoretisk sett kan det tenkes at aktiviteten vedrørende kapitalforvaltning i alle år har gått med underskudd og av den grunn ikke er egnet til å gå med overskudd. Men dette oppstår sjelden i praksis ved spørsmålet om aktiviteten skal anses som virksomhet eller kapital.

2.5 Oppsummering

Oppsummerings vis skal alle disse kriteriene, nevnt i avsnitt 2.2, 2.3 og 2.4, være oppfylt for at aktiviteten skal anses for å være virksomhet. Men at det ikke oppstår tvil om aktiviteten er egnet til å gi overskudd og for hvem sin regning og risiko aktiviteten drives for, ved grensen mellom kapital og virksomhet. Kriteriet at aktiviteten skal være av et visst omfang og ha en viss varighet er mest sentral ved grensen mellom kapital og virksomhet.

3 Grensedragningens aktualitet.

3.1 Innledning

I dette kapittelet vil det bli gitt en oversikt over hvorfor grensedragningen mellom kapital og virksomhet har blitt aktuell etter den nye skattereformen. Samtidig vil det også bli redegjort for hvorfor beregning av personinntekt ikke gjør seg gjeldende ved verdipapirhandel. Videre blir det redegjort for hvorfor omdanning av personlig eid aksjeportefølje til aksjeselskap har fått såpass stor oppmerksomhet i ligningspraksis. Dette viser seg bl.a. ved de mangfoldige bindende forhåndsuttalelser (BFU) som gis av Skattedirektoratet. Endelig redegjøres det for betydningen av virksomhetsbegrepet ved underskudd, som ikke er blitt mere aktuell etter skattereformen, men som er av interesse for grensedragningen. Grensedragningen mellom kapital og virksomhet ved verdipapirhandel har også betydning i andre relasjoner, men som ikke blir vist til i denne avhandlingen, bl.a. fordi det ikke har blitt tatt opp i praksis.

3.2 Beregning av personinntekt

Etter reformskifte i 1992, ble det mere aktuelt med grensen mellom kapitalinntekt og virksomhetsinntekt. Grunnen til dette er at skattesatsen for kapitalinntekt og virksomhetsinntekt er ulike på enkelte punkter. Dersom inntekten klassifiseres som passiv kapitalinntekt, er skattesatsen fast på 28 %. Hvis den blir klassifisert som virksomhetsinntekt er skattesatsen 28 % som alminnelig inntekt og 11 % i trygdeavgift og 9 eller 12 % i toppskatt. Trygdeavgiften og toppskatten går i kategorien personinntekt og er gjenstand for pensjonspoeng.

Den norske skattestrukturen etter skattereformen i 1992 var karakterisert ved at kapitalinntekt som hovedregel var proporsjonal og relativt lav, mens skattesatsen på virksomhetsinntekt var progressiv. I det regelverk som ble vedtatt i 1992, skulle den såkalte

delingsmodellen ivareta skillet mellom kapital- og virksomhetsinntekt. Tanken var at inntekt som skyldtes aktiv arbeidsinnsats, skulle skattelegges med de progressive satsene. Delingsmodellen skulle anvendes både i enkeltpersonforetak og i selskaper.

Etter den tidligere delingsmodellen var det et vilkår for beregning av personinntekt at eieren selv deltok aktivt i virksomheten.² Videre gjaldt det et krav om at skattyters egen aktivitet i inntektsåret måtte utgjøre minst 300 timer.³

Disse vilkårene for beregning av personinntekt gjelder ikke etter innføringen av foretaksmodellen som gjelder for enkeltpersonforetak. Foretaksmodellen gjelder uavhengig av om skattyter selv deltar aktivt i virksomheten, eller om aktivitet også, eller kun, utøves av andre som skattyter engasjerer til å utøve aktivitet for sin regning og risiko. Dette innebærer at beregning av personinntekt etter foretaksmodellen foretas etter de alminnelige kriteriene for grensedragningen mellom virksomhet og kapital. I praksis vil det i flere tilfeller være behov for å foreta en nærmere skjønnsmessig grenseoppgang mellom virksomhet og kapital for å fastslå om det skal beregnes personinntekt eller ikke.

Imidlertid gjelder det et unntak for personlige skattytere som driver med verdipapirhandel i enkeltpersonforetak. Ved beregning av personinntekt etter § 12-10 skal det gjøres enkelte tillegg og fradrag i den alminnelige inntekten før den kan gjøres gjenstand for beregning av personinntekt. Og etter § 12-10 (3), bokstav a og b, skal faktiske kapitalinntekter som avkastning av bl.a. aksjer og gevinst ved realisasjon av bl.a. aksjer trekkes fra den alminnelige inntekten før den gjøres gjenstand for beregning av personinntekt. Dette innebærer at aksjer ikke er gjenstand for beregning av personinntekten. Grensedragningen mellom virksomhetsinntekt og kapitalinntekt av aksjer, vil dermed ikke ha betydning for beregningen av personinntekt. Skattesatsen vil være den samme for den personlige skattyter, uavhengig av om inntekten fra aksjene klassifiseres som kapital eller virksomhet.

² Jf tidligere § 12-10 (1) bokstav a.

³ Jf tidligere § 12-10-2 i forskrift til skatteloven.

3.3 Fritaksmetoden ved skattefri omdanning av enkeltpersonforetak

Spørsmålet som ofte har vært oppe til behandling i praksis er omdanning av enkeltpersonforetak til aksjeselskap. Problemstillingen har hovedsakelig vært om skattyter driver virksomhet i skatterettslig forstand. Begrunnelsen for omdanning har vært bl.a. fritaksmetoden.

Etter sktl. § 2-38 (1) bokstav a, jf. § 2-2 (1) bokstav a, er bl.a. aksjeselskap fritatt for skatteplikt av visse typer inntekt. Hvilken type inntekt som er fritatt for skatteplikt er nevnt i § 2-38 (2). Dette er gevinst og utbytte fra bl.a. aksjer jf. bokstav a. Dette innebærer at det er skattefritt for aksjeselskaper å forvalte aksjer, som igjen kalles fritaksmetoden. Fritaksmetoden gjelder imidlertid ikke for aksjer i selskap utenfor EØS land jf. § 2-38 (3). For aksjer i selskap utenfor EØS land vil inntekten fortsatt være skattepliktig.

For personlige skatteyttere som driver med aksjehandel vil det være aktuelt å kunne omdanne denne aktiviteten til et aksjeselskap for så å komme inn under fritaksmetoden.

Etter skatteloven § 11-20 og FSFIN § 11-20-1, kan skattyter omdanne sin verdipapirhandel til et aksjeselskap. Det følger av FSFIN § 11-20-1 flg. at enkeltpersonforetaket må drive virksomhet i skattelovens forstand for å kunne omdannes skattefritt. Dette innebærer at de alminnelige kriteriene for grensedragningen mellom virksomhet og kapital vil være aktuelle ved avgjørelsen av om skattyters personlig eide aksjeportefølje er virksomhet i skatterettslig forstand.

Etter en eventuell omdanning vil selskapet kunne realisere aksjene uten skatterettslige konsekvenser og benytte det ikke beskattede overskuddet til nye investeringer. Det vil si de 28 % som personlige skattyter måtte ha betalt dersom han ikke hadde omdannet virksomheten til et aksjeselskap.

3.4 Tilbakeføring av underskudd ved opphør av virksomhet

Grensedragningen mellom kapital og virksomhet har også betydning i forhold til underskudd. Dette er ikke noe som er nytt ved den nye skattereformen, men som allikevel er av interesse for virksomhetsbegrepet.

Underskudd som er udekket kan etter § 6-3 fremføres til fradrag etter § 14-6. Dette gjelder for så vidt både i og utenfor virksomhet. Imidlertid er det etter § 14-7 tilgang til tilbakeføring av underskudd og at ligningen for de to foregående år kan endres. Vilkåret i § 14-7 er at det er et udekket underskudd som er oppstått i det året da virksomheten opphører. Virksomhetskravet gjør seg altså gjeldende på dette punkt.

Behovet for å kunne gjøre gjeldende et tilbakeføringskrav for udekket underskudd kan være at det er lite utsikter for skattyter å kunne ha stort nok inntekt i fremtiden, slik at han får fullt fradrag for det udekkede underskuddet. Eksempelvis at skattyter har hatt en inntekt på 100 millioner det første året og det neste året opphører virksomheten med udekket underskudd på 100 millioner. Skattyters behov for å kunne tilbakeføre underskuddet i det første året da han hadde en inntekt på 100 millioner for å kunne få fullt fradrag. Det kan hende at det tar lang tid før han klarer å tjene 100 millioner i fremtiden. Det udekkede underskuddet kan også være en del av et lån som gjør behovet for likviditet enda større.

4 Vurderingstemaet for at kapitalforvaltning av verdipapirer skal bli ansett for å være virksomhet.

4.1 Innledning

4.1.1 Definisjonen verdipapirhandel

Etter § 5-20, første ledd, litra b. er finansgjenstander ansett som kapital. Og finansgjenstander er blant annet verdipapirer. I denne avhandlingen er det hovedsakelig bare omsettelige verdipapirer som det tas utgangspunkt i, som definert i verdipapirhandelloven av 1997 nr. 79, § 1-2, tredje leddet. Definisjonen av omsettelige

verdipapirer er blant annet aksjer og andre verdipapirer som kan sidestilles med aksjer og obligasjoner og andre gjeldsinstrumenter som kan omsettes på lånemarkedet.

Obligasjon er et rentebærende gjeldsbrev som sier at utsteder skylder innehaveren penger. Obligasjonen inneholder en kupongrente, som utstederen skal betale innehaveren i hver periode, normalt ett år. Det er også et forfallstidspunkt, som er da utstederen må betale hele lånet til innehaveren av obligasjonen. En obligasjon har store likhetstrekk med vanlige lån og tegnes for en bestemt tidsperiode, normalt for en årrekke. Renten som betales, avtales særskilt ut i fra risikoen tilknyttet obligasjonen.

Verdipapirfond er en fellesbetegnelse på en selvstendig formuesmasse som består av aksjer og/ eller andre verdipapirer. Fondet forvaltes av et forvaltningsselskap. Forvaltningsselskapet er forretningsfører for verdipapirfondet og treffer i denne egenskap alle disposisjoner over fondet som forvaltningen av det medfører. Slike forvaltningsselskaper som driver med verdipapirfond har egne retningslinjer for driften av selskapet der skattyter som investerer i slike fond har liten eller ingen kontrollmyndighet.

Det er hovedsakelig aksjer på Oslo børs som det tas stilling til i dette kapittelet, men også betydningen av forvaltning av obligasjoner og investering i fond.

4.1.2 Kort om rettskildene

For at det skal foreligge en virksomhet etter skattelovens regler, har det tradisjonelt blitt oppstilt et krav om at det må være utøvet aktivitet av et visst omfang og en viss varighet, der aktiviteten er blitt utøvet for skattyterens regning og risiko, som objektivt sett er egnet til å gi overskudd. Det er særlig aktivitet av et visst omfang og en viss varighet som står sentralt i sammenheng til handel med verdipapirer.

Finansdepartementet har i en uttalelse inntatt i Utv. 1993 side 495 uttalt at kjøp og salg av aksjer i seg selv kan være virksomhet, hvis aktiviteten går ut over det som regnes som passiv kapitalplassering. Dette fremgår også av Lignings-ABC 2008/09 side 1327 under punkt 3.3.3. Videre følger det av Lignings-ABC på samme side at det ved avgrensningen mot passiv kapitalplassering skal blant annet legges vekt på om handelen med aksjer og andre verdipapirer er systematisk og vedvarende, samt antall transaksjoner

og omsetningens størrelse. At det også er av betydning om formålet med aktiviteten er å oppnå kortsiktige gevinster i motsetning til en passiv plassering ut fra et langsiktig mål.

Rettspraksis har i liten grad behandlet saker om grensen mellom virksomhet og passiv kapitalforvaltning innen handel med verdipapirer. En mulig årsak til dette kan være at tidligere var kjøp og salg av verdipapirer for egen regning fritatt for beskatning, når det ikke var ledd i annen virksomhet. Derimot finnes det mangfoldige BFU'er der grensen mellom passiv kapitalforvaltning og virksomhet er trukket. På en annen side er BFU'ene forholdsvis like og variasjonen ligger i omfanget av skattyters aktivitet, ikke i ulike typer verdipapirer. En av hovedgrunnene til at denne avhandlingen begrenser seg til aksjer på Oslo børs er nettopp fordi retts- og ligningspraksisen på grensedragningen vedrørende verdipapirhandel er lite utviklet.

Det er antatt i praksis ⁴ at det ikke gjelder et særlig kvalifisert krav til virksomhet når det gjelder verdipapirhandel. Det er den samme terskel mht varighet og omfang som ellers gjelder på andre typer kapitalforvaltning. Dette innebærer at den øvrige praksis fra annen type forvaltning vil være relevant ved grensedragningen, spesielt forvaltning av fasteiendom.

4.1.3 Videre fremstilling

I dette kapittelet vil det bli gitt en nærmere redegjørelse av de ulike momentene som fremkommer i praksis, spesielt ligningspraksis, ved grensedragningen mellom virksomhet og passiv kapitalforvaltning innen handel med verdipapirer.

4.2 Aktivitet av et visst omfang

Det følger av Lignings-ABC 2008/09 side 1327 under punkt 3.3.2 at det ved vurderingen av aktivitetens omfang må legges vekt på alle typer aktivitet, så vel som fysisk aktivitet men også ikke-fysisk aktivitet, f.eks. arbeid med planlegging og administrering. Dette

⁴ Se bl.a. Utv. 2007 s. 54

innebærer at det kan legges vekt på både direkte aktivitet knyttet til verdipapirhandel og indirekte aktivitet som tilsier at skattyter utøver aktivitet i forhold til opprettholdelse av sin aktivitet totalt sett.

Hva slags aktivitet som det kan vektlegges avgjøres konkret i hvert enkelt tilfelle. Momentene nevnt i Lignings-ABC er bare noen av aktivitetene i en totalvurdering, men som tillegges forholdsvis stor vekt i praksis, spesielt ligningspraksis. Det vil si at dersom f.eks. antall transaksjoner og omsetningens omfang er tilstrekkelig, nødvendiggjør ikke det en totalvurdering der andre faktorer vektlegges. På en annen side kan andre faktorer vektlegges dersom f.eks. antallet transaksjoner er relativt lav. Hvor stort omfanget av aktivitet som kreves, avgjøres konkret i hvert enkelt tilfelle.

4.2.1 Betydningen av gradvis økt aktivitet

I praksis har det at en aktivitet har økt de senere år, blitt vektlagt i retning av at det er virksomhet. Motsetnings vis er det antatt at det ikke foreligger virksomhet når aktiviteten er blitt redusert de senere år.

I BFU 20/06 kom direktoratet etter en helhetsvurdering frem til at skattyter drev med virksomhet. I dette tilfellet hadde aktivitetens omfang økt de senere år, hvilket trakk i retning av det forelå virksomhet. Skattedirektoratet uttalte; ”For inntektsåret 2004 og 2005 gjennomførte skattyter henholdsvis 80 og 110 transaksjoner, og hadde en omsetning på henholdsvis kr 5 131 000 og kr 11 040 000. Antall transaksjoner de to nevnte år har vist en stigende tendens i forhold til 48 transaksjoner og en omsetning på kr 1 370 000 i inntektsåret 2003. Det synes som om dette nivået opprettholdes med 23 transaksjoner og en omsetning på kr 4 713 000 fra 1. januar til 15. mars 2006.”

I motsatt retning er det bl.a. to saker der aktiviteten var blitt redusert de senere år, hvilket trakk i retning av at det ikke forelå virksomhet. I BFU 24/06 kom direktoratet frem til at det forelå virksomhet. Men det var slik at antall transaksjoner de siste to år hadde vært synkende i forhold til tidligere år. I perioden f.o.m. 2000 t.o.m. 2005 var det gjennomført totalt 226 transaksjoner, med en gjennomsnitt på 37 transaksjoner pr. år. Men at det i 2004 og 2005 var det blitt gjennomført hhv. 20 og 18 transaksjoner. Dette trakk i retning av at

skattyters aktivitet ikke var tilstrekkelig, ettersom den hadde sunket de to siste årene. Imidlertid var det andre momenter i saken, som etter en helhetsvurdering tilsa at det forelå virksomhet. I en ikke publisert BFU avgitt av et skattekontor i 2008, kom de frem til at skattyter ikke drev med virksomhet til tross for at transaksjonene samlet sett utgjorde et betydelig beløp. I en tre års periode var det gjennomført 54 handler, hvilket i snitt pr. måned utgjorde 1,86 handler. Dette mente skattekontoret var av betydelig omfang. Men det som talte mot virksomhet var at i det siste året ble gjennomført 6 handler for en verdi av kr 1 425 163. Skattekontoret uttalte i forbindelse med dette at for det siste året indikerte handlene så langt en reduksjon sammenlignet med tidligere år. Etter en helhetsvurdering kom de frem til at aktiviteten var for lav til å kunne klassifiseres som aktiv kapitalplassering. Se illustrasjonen nedenfor.

År	Antall handler	Omsetning i kr
1. året	26	Ca. 3.4 millioner
2. året	21	Ca. 1.9 millioner
3. året	6	Ca. 1.4 millioner

Denne illustrasjonen viser at antall handler hadde sunket i siste året i forhold til de andre årene.

Oppsummerings vis viser disse sakene at det blir lagt vekt på den gradvise økningen av aktiviteten. Dersom aktiviteten ikke er av stort omfang, vil dette momentet i en helhetsvurdering trekke i retning av at skattyter driver virksomhet.

4.2.2 Avkastningens størrelse

Ved avgjørelsen av skattyters aktivitet har det blitt lagt vekt på investeringens avkastning. Avkastningens størrelse er en indikasjon på at skattyter har utøvet aktivitet. Desto større avkastning, desto større grunn til å anta at skattyter utøver virksomhet. Typisk ved passiv kapitalplassering er at man plasserer kapitalen slik at man sikrer kapitalverdien og at

plasseringen i tillegg gir en rimelig god avkastning. I Lignings-ABC er dette formulert på en litt annen måte. Det står der at det må ”legges vekt på hvor mye av avkastningen som skyldes aktiviteten og hvor mye som skyldes kapitalverdien”.⁵ Videre så sies det; ”Står man overfor en avkastning som klart overstiger en normal avkastning på den investerte kapitalen, vil dette i tvilstilfeller kunne være et moment for at det foreligger virksomhet, jf. LRD av 10. august 1995 i Utv. 1995/965.”⁶ Samtidig er det et spørsmål om hvilken avkastning som følger av en normal passiv kapitalplassering. Det er antatt at avkastningen vil følge den generelle utviklingen i aksjemarkedet og rentemarkedet.⁷

I Rt. 1950 s. 482 kom retten til at skattyter drev virksomhet. Skattyter hadde forretningseiendom med til sammen 14 leietagere. Leieinntektene fra de to gårdene var samlet kr 48 000. Saken gjaldt inntektsåret 1941 og etter en indeksregulering ville konsumprisjustert leie i 2008 utgjort nær kr 900 000. Leiesummen synes å ha spilt en stor rolle for domskonklusjonen.⁸

I fra nyere tid var det i BFU 103/04 spørsmålet om skattyters aktivitet, ved utleie av en forretningsgård, var tilstrekkelig. Det som talte mot virksomhet var bl.a. at leietakeren hadde vært den samme i mange år og skattyters forvaltning av eiendommen var for beskjeden til at det kunne anses som virksomhet. Skattedirektoratet uttalte at det på en annen side var snakk om en utleieareal på 950 m² og at utleieinntektene som var på kr. 780 000 i 2003 var av betydelig omfang. Etter en totalvurdering kom direktoratet til at aktiviteten var tilstrekkelig til å anses som virksomhet.

I en avgjørelse av Gulating lagmannsrett av 3. Januar 1997, inntatt i Utv. 1997 s. 89, gjaldt saken utleie av grunn og sjørettigheter. Inntekten utgjorde 280.000 kroner per år. Lagmannsretten uttalte følgende: ”I rettspraksis brukes undertiden en sontring mellom virksomhet og passiv kapitalanbringelse. Det er fastslått at det kreves meget lite aktivitet for at inntekt basert på eiendeler regnes å stamme fra virksomhet og ikke bare kapitalplassering. Lagmannsretten mener at inntekter som overstiger det som er vanlig

⁵ Lignings-ABC 2008/09 side 1327 punkt 3.3.1.

⁶ Lignings-ABC 2008/09 side 1327 punkt 3.3.2.

⁷ Se LRD inntatt i Utv. 2007 s. 54.

⁸ Se Ole Gjems-Onstad, Bedriftsskatterett 7 utg. på side 772.

avkastning av en formuesgjenstand kan være sterk indikasjon på at det foreligger virksomhet til grunn.”

I BFU 91/04 hadde skattyter en gevinst ved realisasjon av aksjer som beløp seg til ca. NOK 35 millioner, mens gevinst i 2003 var ca. NOK 65 000 000. De samme årene ble det realisert aksjer med et tap på hhv. NOK 45 000 000 og ca. NOK 19 000 000. Det kommer ikke frem i forhåndsuttalelsen hvor mange transaksjoner skattyter har hatt, men det blir lagt til grunn at det var av betydelig omfang. Konkret bør en så stor avkastning, som befinner seg langt over det en kan forvente av normal avkastning ved passiv forvaltning, trekke i retning av at skattyter har utøvet betydelig aktivitet. Imidlertid kommer det ikke frem i saken om direktoratet har lagt avgjørende vekt på avkastningens størrelse.

I LRD inntatt i Utv. 2007 s. 54 kom retten til at skattyter drev virksomhet. I denne saken kommer avkastningens størrelse eksplisitt frem i vurderingen av om skattyter driver virksomhet. Retten uttalte at; ”Etter rettens syn, taler gode grunner for, særlig å legge vekt på avkastningen, dvs. om avkastningen overstiger hva som må antas å være alminnelig en avkastning ved passiv kapitalforvaltning”.⁹ Skattyter hadde bl.a. hatt en inntekt på ca 96 millioner kroner.

Oppsummerings vis viser disse sakene at det ikke legges avgjørende vekt på avkastningens størrelse. Men at det i en helhetsvurdering blir lagt vekt på om investeringen har gitt en stor avkastning. Det vil trekke i retning av at skattyter har utøvet betydelig aktivitet dersom avkastningen er av betydelig størrelse.

4.2.3 Investeringens risiko

Videre er det av betydning for aktivitetens omfang, hvilken risiko investeringen er utsatt for. Dersom skattyter plasserer kapitalen i høyrisiko aksjer er det antatt i praksis at det også kreves en viss form for aktivitet for å kunne opprettholde investeringens verdi. På en annen

⁹ For sitatuttalelsene, se nærmere Utv. 2006 s. 444 på side 7.

side taler det mot at skattyter utøver aktivitet når kapitalen er plassert i aksjer, obligasjoner eller fond med lav risiko. En annen form for lavrisiko investering er også i de tilfeller skattyter har kapitalen spredt i flere aksjer med små summer. Slik sett vil tapet av de enkelte poster være av mindre betydning.

I sammenheng til dette er det i LRD inntatt i Utv. 2007 s. 54 uttalt; ”Kravet til virksomhet innen kjøp og salg av verdipapirer, bør innebære et krav om å utsette kapitalen for større risiko enn ved passiv kapitalforvaltning. Slik er det mulig å oppnå en høyere gevinst, eller en høyere avkastning, enn ved passiv kapitalplassering. Da utsettes kapitalverdien for fare for reduksjon, i motsetning til passiv kapitalforvaltning. Her er det sentrale å sikre den rene kapitalverdien.” Videre uttales det; ”Retten antar at en som er opptatt av å unngå risiko og sikre kapitalverdien, vil spre kapitalen på en rekke selskaper, eller plassere kapitalen i aksje- og obligasjonsfond. Slik unngås risiko knyttet til hendelser innen ett selskap eller ett marked”.¹⁰ Imidlertid kan risikoen avhjelpes ved fagkunnskap. Retten uttaler videre at; ”Desto større kjennskap skattyter har til markedet han operer i og desto større kjennskap skattyter har til den næringsvirksomhet selskapene driver med, desto større muligheter har skattyter for å oppnå god avkastning eller høyere gevinst på sine aksjer, samt at redusere risikoen for tap. Slik kunnskap er også ønsket og krevet når det gjelder profesjonelle porteføljeforvaltere.”

Dette momentet vil i en helhetsvurdering trekke i retning av at skattyter driver virksomhet. Men som regel er det vanskelig å vite eksakt om en type aksje har vært av høy risiko. De fleste aksjer på Oslo børs vil ha en høy risiko, mens det i tilfellet som er nevnt ovenfor var det venturevirksomhet som kan være av en annen risiko en aksjer på Oslo børs. I de fleste BFU'er blir det ikke særlig lagt vekt på investeringens risiko, men som nevnt ovenfor vil det være praktisk å kunne se på hva slags risiko investeringene til skattyter har. F.eks. om skattyter har en rekke plasseringer i obligasjonsfond. Dette momentet er ikke avgjørende og er bare et moment i retning av at skattyter driver virksomhet.

¹⁰ For sitatuttalelsene, se nærmere Utv. 2006 s. 444 på side 9.

4.2.4 Skattyters egenaktivitet ved å delta i møter og i forhold til å vurdere markeder

I en del BFU'er er det blitt lagt vekt på skattyters aktivitet ved å følge med på aksjemarkedet. Vurdering av markeder krever en viss tid og innsats. Dette er aktivitet som det i praksis har blitt lagt vekt på i retning av at skattyter driver med virksomhet.

I BFU 20/06 kom direktoratet frem til at skattyter drev virksomhet. Skattyter hadde utøvet en omfattende aktivitet som var forbundet med å følge med på markedet, foreta vurderinger, analyser mv, slik at formuen ble forvaltet på best mulig måte. I denne forbindelse hadde skattyter deltatt bl.a. på seminarer. Direktoratet la til grunn i en helhetsvurdering at skattyter utøvet betydelig aktivitet ved bl.a. å følge med i markedet.

I en ikke publisert BFU avgitt av et skattekontor i 2008 kom de frem til at skattyter ikke drev med virksomhet bl.a. på grunn av lav transaksjonshyppighet og omsetning. Skattyter hadde argumentert med at han deltok på de fleste generalforsamlinger hvor han var eier, og at han jevnlig var i kontakt med selskapenes ledelse. Skattekontoret uttalte at det å yte egenaktivitet i forvaltningen av sine aksjer ved å delta på møter for eierne i selskapet og være i kontakt med ledelsen, i seg selv ikke var avgjørende for om den aktivitet som utøves samlet sett skal anses som virksomhet og ikke passiv kapitalforvaltning. Dette innebærer at det å delta i møter o.l. i utgangspunktet trekker i retning av at det foreligger virksomhet.

I en bevisvurdering av om det er utøvet aktivitet med å bl.a. følge med på markeder har det også blitt lagt vekt på om skattyter har kapitalinvestering som sin eneste inntekt. Av betydning er om skattyter har annet lønnet arbeid. Dette gir en indikasjon på at skattyter har hatt tid til å utøve aktivitet. Dersom skattyter har fulltidsarbeid ved siden av kapitalinvestering, kan det gi indikasjon på at skattyter ikke har hatt, eller kommer til å ha tid til å utøve aktivitet av betydning.

I BFU 20/06, nevnt ovenfor, hadde skattyter brukt ca. 50% av sin arbeidstid opp mot lønnet arbeid i et selskap, mens resterende 50% var brukt i forbindelse med den aktive formuesforvaltningen. Skattyter hadde hovedsakelig handlet med aksjer, men det ble lagt til grunn at investeringene i andre verdipapirer utgjorde en integrert del av skattyters

investeringsvirksomhet. Det blir senere uttalt av direktoratet; ”en stadig større del av As arbeidskapasitet innebærer aktiv forvaltning av formuen”.

I en ikke publisert BFU avgitt av et skattekontor i 2008, ble det også lagt vekt på skattyters arbeidskapasitet. Skattyter hadde planer om å trappe ned sin øvrige virksomhet for å kunne følge sine investeringer på heltid. Skattekontoret la til grunn at skattyteren ikke ville ha annet arbeid enn å følge opp sine investeringer i fremtiden og etter en helhetsvurdering kom skattekontoret frem til at det forelå virksomhet.

Som nevnt ovenfor, blir det lagt vekt på om skattyter utøver egenaktivitet ved å delta på møter og vurdere markeder. Dette momentet trekker i en helhetsvurdering, i retning av at skattyter driver virksomhet.

4.2.5 Verdipapirporteføljens totale markedsverdi

I praksis har det blitt lagt vekt på verdipapirporteføljens totale markedsverdi. Dersom porteføljen har en stor markedsverdi kan det tale for at det kreves stor aktivitet med å opprettholde porteføljens verdi.

I BFU 20/06 kom direktoratet frem til at skattyter drev virksomhet. Det ble bl.a. lagt vekt på porteføljens totale markedsverdi, som var i en størrelsesorden på ca. kr 24 millioner. I BFU 21/06 kom direktoratet frem til at det forelå virksomhet. Skattyters portefølje hadde en verdi på ca. kr 17 millioner. Det ble uttalt at en aksjeportefølje med så stor verdi, krevde en tett og kontinuerlig oppfølging. Se også BFU 22/06 der direktoratet kom frem til at det forelå virksomhet, hvor det bl.a. ble vektlagt at porteføljens markedsverdi var på ca. kr 15 millioner. I BFU 24/06 var det slik at antall transaksjoner de siste to år hadde vært synkende i forhold til tidligere år. I perioden f.o.m. 2000 t.o.m. 2005 var det gjennomført totalt 226 transaksjoner, med en gjennomsnitt på 37 transaksjoner pr. år. Men at det i 2004 og 2005 var det blitt gjennomført hhv. 20 og 18 transaksjoner. Dette trakk i retning av at skattyters aktivitet ikke var tilstrekkelig, ettersom den hadde sunket de to siste årene. Imidlertid ble det ved vurderingen av aktivitetens omfang, sett hen til bl.a. at aksjeporteføljen hadde en betydelig markedsverdi, dvs. 30 millioner kroner. I begrunnelsen

til direktoratet blir det uttalt; ”Selv om det ikke har vært foretatt mange transaksjoner hvert av de siste to år, vil en slik betydelig verdipapirportefølje etter direktoratets oppfatning kreve en tett og kontinuerlig oppfølging.” Porteføljens markedsverdi har også senere blitt vektlagt i en ikke publisert BFU avgitt av et skattekontor i 2008. I dette tilfellet var porteføljens markedsverdi på ca. kr 13 millioner.

Dette momentet tilsier at skattyter utøver stor aktivitet ved å opprettholde porteføljens totale markedsverdi. Når kapitalen er utsatt for svingninger i aksjemarkedet, er det antatt at skattyter utøver en tett og kontinuerlig oppfølging av verdipapirporteføljen. I en helhetsvurdering trekker porteføljens totale markedsverdi i retning av at skattyter driver virksomhet, dersom den er av betydelig omfang. Etter en vurdering fra ikke publiserte BFU’er, er det antatt at den er av betydelig omfang når den har en størrelsesorden på ca. kr 8 millioner.

4.2.6 Lånebeløpets størrelse

I rettspraksis har det også blitt lagt vekt på om investeringen er låne finansiert. Det trekkes i retning av at skattyter driver virksomhet dersom investering i aksjer foretas ved låneopptak.

I LRD inntatt i Utv. 2007 s. 54 kom lagmannsretten til at det forelå virksomhet. Det ble uttalt; ”Retten deler ikke statens syns om at det er uten betydning om investeringen er låne finansiert eller ikke. Kredit koster og kostnaden må dekkes inn. Det stiller krav til høyere avkastning av investeringen, dvs. det stilles krav til den aktivitet som utøves.” Retten la bl.a. vekt på at låne finansiert investering er forhold som kan gjøre at aktiviteten bærer preg av virksomhet.

I BFU’er kommer ikke et slikt moment inn i vurderingen av om skattyter driver virksomhet. Det kan ha flere grunner for seg. For det første kan det være at det ikke blir vektlagt. For det andre kan det være at skattyter ikke fremlegger opplysninger om dette. For det tredje kan det være at skattyteren i BFU’ene ikke har hatt et låne finansiert investering som er tatt opp til vurdering. Imidlertid har retten tatt stilling til spørsmålet om lånebeløpets størrelse og momentet har gode grunner for seg. Kredit koster og kostnaden

må dekkes inn, hvilket innebærer at det stilles krav til aktiviteten som utøves. Imidlertid er det ikke et avgjørende moment at investeringen er låne finansiert. Momentet skal vurderes i retning av at skattyter driver virksomhet, ved en totalvurdering. På en annen side tilsier det ikke at skattyter driver passiv kapitalforvaltning dersom investeringen ikke er låne finansiert.

4.2.7 Antall transaksjoner og omsetningens størrelse

I dette avsnittet vil det være hensiktsmessig å redegjøre for kriteriene antall transaksjoner og omsetningens størrelse samlet. I utgangspunktet er det to kriterier som hver for seg kan trekke for og i mot at det foreligger virksomhet. Begrunnelsen for at det vil være hensiktsmessig å redegjøre for dem samlet er at i dette avsnittet gis det tabeller fortløpende som er ment for å gi en bedre illustrasjon.

Antallet transaksjoner avgjøres ut fra hvert kjøp eller salg, der hvert kjøp eller salg utgjør en transaksjon. Ved hver transaksjon er det et beløp som blir overført og summen av hver overføring utgjør omsetningens størrelse.

I praksis legges det stor vekt på antallet transaksjoner og omsetningens størrelse i helhetsvurderingen av om skattyter driver virksomhet. Det er uklart hvor stort omfanget av transaksjoner og omsetningen kan være før det anses som virksomhet. Skattedirektoratet har i en del bindende forhåndsuttalelser kommet til i enkelte saker hva som helt klart faller innenfor virksomhetsbegrepet og hva som faller utenfor.

I BFU 27/05 drev skattyter aksjehandel i sitt enkeltpersonforetak. I tillegg hadde han investeringer i obligasjoner som det ikke tas med i virksomhetsvurderingen ettersom han ønsket å holde disse utenfor omdanning av sin virksomhet til aksjeselskap. Direktoratet kom frem til at skattyter drev med virksomhet i skattelovens forstand og kunne omdanne skattefritt etter sktl. § 11-20. Ved vurderingen av om skattyter driver virksomhet ble det lagt vekt på at skattyter for inntektsåret 2003 hadde en omsetning på kr 16 000 000, etter totalt 174 transaksjoner. For inntektsåret 2004 økte omsetningen til kr 40 000 000, etter totalt 525 transaksjoner. Frem til 8. mars 2005 hadde skattyter i alt gjennomført 100 transaksjoner, med en omsetning på 18 000 000. Skattedirektoratet uttalte i forbindelse med dette at antall transaksjoner var omfattende og transaksjonshyppigheten var stor. De legger

også vekt på blant annet avkastningen og veksten av virksomheten der omsetningen var på 18 000 000 på litt over to mnd. i 2005. Se illustrasjonen nedenfor.

År	Transaksjoner	Omsetning	Avkastning
2003	174 stk	16 000 000	3 000 000
2004	525 stk	40 000 000	8 000 000
2005(2mnd)	100 stk	18 000 000	Ikke oppgitt

Illustrasjonen viser bl.a. at antall transaksjoner og omsetningen er av betydelig omfang.

I BFU 07/06 eide skattyter en aksjeportefølje som var undergitt aktiv forvaltning av et verdipapirforetak. Han ønsket å overføre aksjene til et nystiftet aksjeselskap i medhold av skattelovens § 11-20.

Skattedirektoratet kom til at omsetningen av aksjer var for liten til at den ved en fremtidig omdannelse ville bli ansett som virksomhet for ham.

I samleoversikt fra Forvaltning ASA, som var skattyters forvalter, gikk det frem at Forvaltning ASA i 2004 gjennomførte 6 transaksjoner hvor det ble kjøpt aksjer i ulike selskaper for ca. kr 600 000, inkl. omkostninger. I 2004 solgte Forvaltning ASA aksjer for skattyter ved 3 transaksjoner for til sammen kr 620 000, inkl. omkostninger. Ved i alt 8 transaksjoner i 2005 ble det kjøpt aksjer for totalt kr 450 000, inkl. omkostninger. Det ble ikke foretatt salg i 2005. På bakgrunn av innsenders opplysninger fant direktoratet at skattyters aksjehandel var lite omfattende og antall transaksjoner få. Se illustrasjonen nedenfor.

År	Transaksjoner	Omsetning	Avkastning
2004	9 stk	1 220 000	150 000
2005	8 stk	450 000	Ikke oppgitt

Illustrasjonen viser bl.a. at antall transaksjoner og omsetningens omfang ikke er tilstrekkelig til å kunne karakteriseres som virksomhet.

I BFU 20/06 kom direktoratet, etter en helhetsvurdering, til at skattyters verdipapirhandel tilfredstilte kravene til virksomhet i skattelovens forstand.

I dette tilfellet var det for inntektsåret 2003 foretatt 48 transaksjoner med en omsetning på kr 1 370 000. I 2004 og 2005 ble det gjennomført hhv. 80 og 110 transaksjoner og omsetningen var hhv. kr 5 131 000 og kr 11 040 000. Frem til mars 2006 var det allerede foretatt 23 transaksjoner med en omsetning på kr 4 713 000. Skattedirektoratet legger også til grunn at skattyter utøvet stor aktivitet med å holde seg oppdatert i markedet og at dette utgjorde en større del av hans arbeidskapasitet. Se illustrasjonen nedenfor.

År	Transaksjoner	Omsetning
2003	48 stk	1 370 000
2004	80 stk	5 131 000
2005	110 stk	11 040 000
2006	23 stk	4 713 000

Illustrasjonen viser bl.a. at antall transaksjoner og omsetningens omfang har vært økende og at det har vært stor aktivitet.

I BFU 21/06 kom direktoratet frem til at aktiviteten var tilstrekkelig til å oppfylle kravene til virksomhet.

I dette tilfellet hadde skattyter for inntektsårene 2004 og 2005 gjennomført henholdsvis 41 og 40 transaksjoner i ulike aksjer, og hadde en omsetning på henholdsvis ca. kr 24 millioner og ca. kr 22 millioner fra kjøp og salg av aksjer. Skattedirektoratet uttalte at omsetningen hadde vært omfattende og transaksjonshyppigheten var relativt stor. Videre la de til grunn at en aksjeportefølje på ca. kr 17 millioner krevde en tett og kontinuerlig oppfølging. De forutsatte også at verdipapirforetaket hadde utøvet betydelig aktivitet i forhold til å foreta vurderinger av markedet for å optimalisere verdien på skattyters investeringer, og at de var oppdatert i markedet til enhver tid for å finne de beste tidspunktene for kjøp og salg av skattyters verdipapirer. Se illustrasjonen nedenfor.

År	Markedsverdi MNOK	Avkastning	Transaksjoner	Omsetning MNOK
2004	Ca. 24	10.38%	42	Ca. 24
2005	Ca. 32	22.53%	40	Ca. 22
2006 (4 mnd)	Ca. 31	9.03%	10	Ikke oppgitt

Illustrasjonen viser at antall transaksjoner har vært relativt stor men at omsetningen har vært av betydelig omfang.

I BFU 24/06 kom direktoratet frem til at skattyters aktivitet tilfredstilte kravet til virksomhet.

Den engasjerte verdipapirforetaket hadde i perioden 2000 til 2005 gjennomført 94 salg og 132 kjøp for skattyter, med en gjennomsnitt på 37 transaksjoner per år. I 2004 gjennomførte verdipapirforetaket 13 salg og 7 kjøp med en omsetning på kr 7 230 409. Og i 2005 ble det gjennomført 9 salg og 9 kjøp med en omsetning på kr 2 737 493.

Verdipapirporteføljen hadde en betydelig markedsverdi på kr 32 615 168 i slutten av desember 2005. Det ble uttalt at antall transaksjoner de to siste år hadde vært synkende i forhold til tidligere år. Etter en helhetsvurdering kom direktoratet frem til at selv om det ikke hadde vært foretatt mer enn ca. 20 transaksjoner hvert av de siste to år, ville en slik betydelig verdipapirportefølje kreve en tett og kontinuerlig oppfølging. Se illustrasjonen nedenfor.

År	Transaksjoner	Omsetning
2000-2005	37 pr år i gjennomsnitt	Ikke oppgitt
2004	20	7 230 409
2005	18	2 737 493

Illustrasjonen viser at det i perioden 2000 til 2005 i gjennomsnitt har vært 37 transaksjoner per år. Men at den for inntektsåret 2004 og 2005 har vært synkende. Imidlertid har omsetningens omfang vært betydelig i 2004, men sunket i 2005.

I en ikke publisert BFU avgitt av et skattekontor i 2008 kom de frem til at skattyters aktivitet ikke var virksomhet. I en fire års periode var det gjennomført hhv. 2 transaksjoner i det første året, 3 transaksjoner i det andre året, 3 transaksjoner i det tredje året, og 2 transaksjoner i det fjerde året. Omsetningen ved transaksjonene fra det første året til det fjerde året var hhv. ca. kr 500 000, ca. kr 2 millioner, ca. kr 2 millioner, og ca. kr 100 000. Skattekontoret la til grunn, fra skattyters opplysninger, at aksjehandelen var lite omfattende og antall transaksjoner få. Se illustrasjonen nedenfor.

År	Transaksjoner	Omsetning
1. året	2 stk.	Ca. 500 000
2. året	3 stk.	Ca. 2 millioner
3. året	3 stk.	Ca. 2 millioner
4. året	2 stk.	Ca. 100 000

Illustrasjonen viser at antall transaksjoner og omsetningens omfang har vært liten. Samtidig har omsetningens omfang sunket i 4. året.

Disse sakene viser at det blir lagt stor vekt på antall transaksjoner og omsetningens omfang. Men at det i en helhetsvurdering, også skal legges vekt på andre momenter som kan trekke for og i mot at skattyter driver virksomhet. Etter en vurdering av de ulike BFU'er, spesielt de ikke publiserte, viser det seg at en størrelsesorden på ca. 20 til 30 transaksjoner med en omsetning på ca. kr 2 til 4 millioner, i gjennomsnitt, anses for å være betydelig. Samtidig har andre momenter som f.eks. porteføljens totale markedsverdi, avkastningen mv. også blitt vektlagt.

4.3 Varighet og regelmessighet

Varigheten og regelmessigheten av aktiviteten er kjennetegn på at det foreligger virksomhet. I den nedre grensen ble en to dagers aktivitet med økonomisk formål regnet som utøvelse av virksomhet, jf. Rt. 1934 s. 229. Saken dreiet seg om inntekt vunnet ved hesteløp. Men dette kan neppe gi uttrykk for hva det generelt kreves og må bare sees på som en nedre grense.

Kravet til aktivitetens omfang vil variere og må vurderes over noe tid avhengig av virksomhetens art jf. lignings-ABC 2008/09 side 1327 under punkt 3.3.2. Ved vurderingen vil det være av interesse å se på tidligere års aktivitet idet det antas å reflektere forventet aktivitet.

Utgangspunktet er at aktivitet som er sporadisk eller har preg av å være ad-hoc ikke kan være virksomhet. Det kreves en viss form for regelmessighet. Denne regelmessigheten kan man få stadfestet ved å se på de ulike tidspunktene for transaksjonene og antall transaksjoner spredt utover en tidsperiode.

I forarbeidene til skatteloven i Ot.prp.nr. 86 (1997-98) uttales at aktivitet av kortere varighet vil kunne regnes som virksomhet. Eksempelvis når forholdene tilsier at aktiviteten er påbegynt med sikte på et mer varig inntektserverv, men skattyteren har måttet avslutte aktiviteten på grunn av uforutsette etterfølgende omstendigheter. Dette eksemplet som forarbeidene gir, tilsier blant annet at man kan legge vekt på ytre omstendigheter ved vurderingen av aktivitetens varighet. Eksempelvis at skattyter, for en periode på et år har klart å oppfylle virksomhetskriteriet mens derimot det påfølgende år, ikke er blitt utført tilstrekkelig aktivitet som følge av sykdom eller en finansiell krise.

Hvilke hindringer som kan tillegges betydning må eventuelt avgjøres konkret i hvert enkelt tilfelle. Denne problemstillingen kan ha betydning i forhold til at det ved aktivitetens omfang kreves at aktiviteten har økt de siste årene. Dersom skattyter har vært hindret fra å kunne utøve aktivitet på grunn av uforutsette omstendigheter trekker det i retning av at aktivitetskravet allikevel er oppfylt til tross for at aktiviteten har vært synkende de siste årene.

Det er antatt i praksis at skattyters mulige planer for den fremtidige driften av aktiviteten kan ha en betydning for avgjørelsen av om skattyter driver virksomhet. Se bl.a. Rt. 1985 s. 319 Ringnes, der de vurderte om det forelå planer om en endret drift. Dersom skattyter har intensjoner og planer om å øke driften i fremtiden taler det for at det foreligger virksomhet. Detaljerte planer taler for at de mest sannsynlig vil bli iverksatt. Skattyters mulige planer har betydning i forhold til aktivitetens varighet, der de mulige planer kan gi holdepunkter for den fremtidige driften.

I en ikke publisert BFU avgitt av et skattekontor i 2008, kom de frem til at skattyter ikke drev virksomhet. Skattyter hadde drevet med verdipapirhandel i 4 måneder forut for forhåndsuttalelsen og foretatt 50 transaksjoner i denne perioden. Markedsverdien på skattyters aksjeportefølje utgjorde ca. kr 8 millioner. Imidlertid var 7/8 av skattyters totale aksjeportefølje ansett for å være passiv kapitalplassering ettersom det ikke var gitt opplysninger som kunne tilsi at også disse kunne være aktiv kapitalplassering. Skattekontoret uttalte at skattyters mulige planer om å endre sin portefølje fremstår så vidt lite konkret at de ikke finner å legge særlig vekt på dette forholdet i vurderingen. Skattekontoret sier videre at et relativt hyppig antall transaksjoner kort tid forut for det planlagte omdanningstidspunktet ikke kan avhjelpe bedømmelsen av aktivitetens varighet samlet sett.

4.3.1 Aktivitetens formål må være å oppnå kortsiktige gevinster

Det er av betydning om formålet med aktiviteten er å oppnå kortsiktige gevinster i motsetning til en passiv plassering ut fra et langsiktig mål, jf. lignings-ABC 2008/09 side 1328 under punkt 3.3.3. Dersom skattyter selger den enkelte aksjepost innen rimelig tid etter at han kjøpte den taler det for at det foreligger virksomhet. Hvis skattyter har hatt den samme aksjepost i f.eks. 3 år trekker det ikke nødvendigvis i retning av at det er passiv kapitalforvaltning. Man må se hvor stor del av porteføljen denne aksjeposten utgjør og om det er planer for salg i fremtiden. Men utgangspunktet er at aksjeposter som har vært eid i flere år, trekker i retning av at aksjepostene er langsiktig investering, som igjen karakteriseres som passiv kapitalforvaltning.

I en ikke publisert BFU avgitt av et skattekontor i 2008, hadde skattyters aksjeportefølje en markedsverdi på ca. kr 8 millioner på omdannelsestidspunktet. For aksjeposten på ca. 68 000 tilsvarende totalrammen på ca. kr 7 millioner var det ikke fremkommet opplysninger som tilsa at dette aksjeeie alene kunne anses som en aktiv kapitalplassering etter skatteloven. Skattekontoret uttalte at dette tvert imot fremsto som typisk passiv kapitalforvaltning. I sammenheng til dette uttalte skattekontoret at skattyters mulige planer om å realisere hele eller deler av denne porteføljen til fordel for aksjeposter i

andre selskaper fremsto som uklart. Dvs. at dersom det var planer for salg av aksjene ville det trekke i retning av at formålet med aktiviteten var å oppnå kortsiktige gevinster og ikke en passiv plassering ut i fra et langsiktig mål. Etter en helhetsvurdering kom skattekontoret frem til at det ikke forelå virksomhet.

I en annen ikke publisert BFU avgitt av et skattekontor i 2008, kom de også frem til at skattyter ikke drev virksomhet. Skattyter eide en del aksjer der transaksjonshyppigheten var forholdsvis lav. Skattekontoret uttalte at aktiviteten gav inntrykk av at investeringene hadde et langsiktig perspektiv. De begrunnet det med at det kun i ett tilfelle var samme aksjepost kjøpt og solgt i samme år, og at mange av aksjepostene hadde vært eid i flere år.

4.4 Systematisk og vedvarende

Hva som konkret ligger i kriteriet systematisk og vedvarende fremkommer ikke klart i de ulike rettskildene. I flere av BFU'ene blir det bare konkludert med at skattyters verdipapirhandel har preg av å være systematisk og vedvarende. Men mest sannsynlig har det en nær sammenheng til kriteriet varighet og regelmessighet omtalt ovenfor i avsnitt 4.3.

For å finne ut om skattyters verdipapirhandel er systematisk, må det foretas en helhetsvurdering. Ved avgjørelsen kan det bl.a. legges vekt på antall transaksjoner, omsetningens størrelse, om det er utøvet aktivitet i forhold til å vurdere markeder, avkastningens størrelse, om aktiviteten gradvis har økt mv. Se de ulike momentene ovenfor i avsnitt 4.2. Se forøvrig avsnitt 4.3.

4.5 Særlig om porteføljeforvaltere

Ved investering i aksjer er det vanlig at skattyter engasjerer et forvaltningsselskap som kan forvalte skattyters portefølje. Spørsmålet er om det ved vurderingen av skattyters aktivitet, kan legges til grunn forvaltningsselskapets aktivitet.

På generelt grunnlag er dette tatt stilling til i Rt. 1967 s. 1570 vedrørende salg av fast eiendom.¹¹ Høyesterett ga her uttrykk for at virksomhetskravet var oppfylt og at det ikke var avgjørende om skattyter har utøvet aktiviteten selv eller om aktiviteten ble utøvet gjennom engasjement av andre. Dette har også senere blitt lagt til grunn bl.a. i to underrettsdommer inntatt i Utv. 1991 side 673 og Utv. 1996 side 616. I den første dommen var arbeidet satt bort til selvstendig konsulent og entreprenør. I den andre dommen var arbeidet satt bort til en arkitekt. I begge dommene ble det fastslått at aktiviteten som tilordnes skattyter kunne være utøvet gjennom engasjement av andre. Dommene er innholdsmessig ulike og av den grunn gir de et uttrykk for et generelt prinsipp om identifikasjon mellom skattyter selv om den skattyter engasjerer, når en skal vurdere om virksomhetskravet er oppfylt. Dommene har derfor relevans for alle typer virksomhet.

I forarbeidene til foretaksmodellen i Ot.prp. nr. 92 (2004-05) på side 76 og 77, er det uttalt at det ved vurderingen av om virksomhetskravet er oppfylt, ikke har noen betydning om det er eieren selv som har utøvet aktiviteten.

Samme standpunkt kommer til uttrykk i lignings-ABC 2008 på side 1327 pkt. 3.3.2; ”Aktiviteten behøver ikke å være utøvet av skattyteren selv. Det er tilstrekkelig at den er utført av personer ansatt hos skattyteren, evt. av deltakere i deltakerlignet selskap. Er det etablert et forvaltningsapparat med ansatte, eget kontor og driftsmidler trekker dette i retning av å anse aktiviteten som virksomhet.

Når skattyter har satt bort arbeidet til en selvstendig næringsdrivende, f.eks. advokat, må det vurderes konkret om den andres aktivitet kan tilordnes skattyteren, dvs. om aktiviteten utøves for skattyterens regning og risiko. Den næringsdrivendes aktivitet knyttet til skattyters investering må imidlertid være av et slikt omfang og varighet, at det ville blitt ansett som virksomhet dersom aktiviteten hadde blitt utført av skattyter selv.”

I flere bindende forhåndsuttalelser har Skattedirektoratet kommet frem til at aktivitet utøvet av forvaltningsselskap måtte likestilles med aktivitet utført av skattyter selv. I BFU 21/06, 22/06 og 24/06 var det slik at skattyter hadde satt bort arbeidet med å forvalte porteføljen

¹¹ Referert i Utv. 1968 s. 75.

til aktiv forvalter som utøvet aktiviteten for skattyters regning og risiko i henhold til inngått forvaltningsavtale. Den aktive forvaltningen skjedde i skattyters navn og skattyter hadde i forvaltningsavtalen gitt forvaltningsselskapet rammer for investeringene. Etter forvaltningsavtalen hadde forvaltningsselskapet en eksklusiv rett til å forvalte porteføljen på vegne av skattyter i henhold til forvaltningsmandatet. Forvaltningsselskapet hadde en generell adgang til å kjøpe, tegne eller selge verdipapirer. Dette skiller seg fra forvaltning som skjer igjennom fond. Ved investering i fond blir det ikke inngått forvaltningsavtale som gir forvalter bestemte rammer for investeringene. Investering i fond er som en slags ”ferdigpakke” som bl.a. er av høy risiko eller lav risiko.

Ved avgjørelsen av om porteføljeforvalters aktivitet kan tilordnes skattyter er det altså avgjørende om forvalter utøver aktiviteten for skattyters regning og risiko i henhold til inngått forvaltningsavtale.

5 Muligheten for å lage sjablonregler for grensen mellom virksomhet og passiv kapitalinntekt vedrørende verdipapirhandel.

5.1 Innledning

I dette avsnittet vil det gis en vurdering av om det er hensiktsmessig å lage sjablonregler for grensen mellom kapital og virksomhet innen handel med verdipapirer.

I den videre fremstillingen vil det først redegjøres for de generelle hensyn som taler for og mot at man skal utvikle slike regler. Deretter redegjøres det for sjablonreglene ved fasteiendom. Endelig vil det foretas en vurdering av om det er hensiktsmessig å utvikle sjablonregler på verdipapirhandel.

5.2 De ulike hensyn

Ved vurderingen av om det er hensiktsmessig å lage sjablonregler vil det være overordnede hensyn som taler for og i mot en slik utvikling.

Det som taler for, å utvikle sjablonregler er likhetsprinsippet. Likhetsprinsippet ivaretas fordi flest mulig saker får en lik behandling ved at reglene gjelder i utgangspunktet uavhengig av skattyters aktivitet. Samtidig gir det en økt rettferdighet ved at skattytere blir behandlet likt.

For det andre vil sjablonregler føre til en enklere saksbehandling når det er håndfaste regler å kunne forholde seg til. I sammenheng til dette fører enklere saksbehandling til at effektivitetshensynet ivaretas bedre. Det blir mindre granskning av skattyters aktivitet som igjen kan føre til at kostnaden for saksbehandlingen blir betraktelig lavere ut i fra et langsiktig perspektiv.

Videre så vil sjablonregler føre til at det blir økt forutberegnelighet. Skattytere vil på forhånd kunne forutsi deres skatterettslige situasjon.

Det som taler imot en slik regel er at de med større kapital vil lettere omfattes av reglene enn de med mindre kapital, sammenlignet med sjablonreglene for utleie av bygninger, se nærmere redegjørelsen i neste avsnitt. Som en konsekvens av håndfaste regler vil det bli mindre skjønnsmessig vurdering, som igjen kan føre til at det ikke tas hensyn til om skattyter faktisk driver virksomhet. Ved en totalvurdering kan man lettere skille mellom passive kapitalforvaltere og aktive virksomhetsutøvere, der kapitalens omfang får mindre betydning. Dersom man har håndfaste regler i tillegg til en helhetsvurdering, vil de håndfaste reglene lettere kunne få en større innflytelse på avgjørelsen enn de burde gjøre i en helhetsvurdering. Dette innebærer at en som driver passiv kapitalforvaltning vil kunne omfattes av virksomhetsbegrepet.

Forutberegneligheten vil svekkes dersom man lager vage regler som f.eks. ved utleie av fasteiendom der det som utgangspunkt må foretas en helhetsvurdering. Dette vil også svekke likhetsprinsippet ettersom skattytere vil få ulike resultater.

Ved utviklingen av sjablonregler bør det tas hensyn til bl.a. disse tilfellene nevnt ovenfor.

5.3 Sjablonregler på fasteiendom

Ved avgjørelsen av om utleie av bygninger kan være næringsvirksomhet i seg selv, følger det av Lignings-ABC 2007/08 s. 1329 under punkt 3.3.11, at det skal foretas en helhetsvurdering. Utgangspunktet er at det skal tas en konkret vurdering av bygningens størrelse og omfanget av aktiviteten over noe tid. Imidlertid er det utviklet sjablongregler av Skattedirektoratet, der det fremgår at en kan gå ut fra at det er næringsvirksomhet å utleie til forretningsformål, mer enn ca 500 kvm, eller bolig- og fritidsformål, 5 boenheter eller mer. Regelen går ut på at dersom det utleies til forretningsformål, bør grensen som utgangspunkt settes ved 500 kvm og ved utleie til bolig- og fritidsformål, bør grensen som utgangspunkt settes ved 5 boenheter. Alt under skal som utgangspunkt ansees for å være passiv kapitalinntekt.

Det sies ikke noe konkret om omfanget av aktiviteten, men indirekte så er aktiviteten høy dersom skattyter har 5 boliger som han forvalter. På en annen side kan forvaltningen av boligene foretas for leietakers regning og risiko, og da vil denne aktiviteten ikke tilregnes skatteyder men leietakeren. Dette trekker i retning av at 5 leiligheter til boligformål ikke skal anses for å være næringsvirksomhet.

Videre kan utleie i mindre omfang enn nevnt ovenfor være virksomhet dersom skattyteren har høy aktivitetsnivå, f.eks. ved korttidsutleier, tilsyn og vask av lokalene og liknende. Mens det bare unntaksvis kan føre til at inntekt av utleie i et større omfang enn nevnt ovenfor vil bli ansett som kapitalavkastning når aktivitetsnivået er spesielt lavt. Dette innebærer at det skal mere til for å sette grensen høyere.

I enkelte tilfeller vil det ikke være avgjørende om skattyter faktisk driver med aktiv kapitalforvaltning. Personlige skattytere som har en stor kapital vil kunne omfattes av sjablonregelen etter størrelsen av sin kapital og ikke aktivitet.

5.4 Hensiktsmessigheten av å utvikle sjablonregler for verdipapirhandel

Som det kommer frem av de ulike rettskildene så er aktivitetens omfang det viktigste momentet. I dette avsnittet vil de ulike momentene som er nevnt i kapittel 5 tas med i en vurdering av om det vil være hensiktsmessig å utvikle sjablonregler for verdipapirhandel.

Antall transaksjoner og omsetningens omfang er et av de mest aktuelle momentene som blir vektlagt i praksis. I en rekke BFU'er, blir det ofte uttalt at ca. 25 transaksjoner og en omsetning på ca. kr 2 millioner, utgjør en betydelig aktivitet. Men derimot har skattyter også samtidig i de sakene utført aktivitet av andre former, som deltagelse i møter og vurdering av markeder mv. Det som taler mot en sjablonregel der grensen settes ved 25 transaksjoner og kr 2 millioner er at dette utgjør i seg selv en veldig lav terskel. Hvilket igjen fører til at anvendelsesområdet til sktl. § 5-20 blir innskrenket. Ved bruk av andre momenter kan man trekke opp denne terskelen. Et av momentene som hadde vært aktuell er muligens avkastningens størrelse. Utgangspunktet er at man tar antall transaksjoner og ser dette i forhold til hvor stor avkastning som denne aktiviteten har ført til. Og for å se om dette gjenspeiler en forventet aktivitet, ser man på aktiviteten og avkastningen i de to foregående år. I Utv. 2007 s. 54 der Lagmannsretten viser sin enighet til tingrettens detaljerte vurdering av virksomhetsspørsmålet, uttales det av tingretten, oppsummerings vis fra rettskildene, at det taler gode grunner for, særlig å legge vekt på avkastningen. Dersom avkastningen overstiger hva som må antas å være en alminnelig avkastning ved passiv kapitalforvaltning bør det tale sterkt for at det er virksomhet.

Spørsmålet er imidlertid hvor stor avkastningen bør være for at den skal tilfredsstillе virksomhetskravet. Som det fremgår av lignings-ABC 2008 på side 1327 under punkt 3.3.2 så trekker det i retning av at det foreligger virksomhet dersom avkastningen klart overstiger en normal avkastning på den investerte kapitalen. Dette innebærer at avkastningen bør befinne seg over en normal avkastning. Etter foretaksmodellen foretas det et skjermingsfradrag som i 2007 var på 4,6 % , jf. sktl. § 12-12 (3) og FSFIN § 12-12-10. Skjermingsmetoden innebærer at bare avkastning utover en risikofri avkastning skal ekstrabeskattes. Dette tilsier at avkastningskravet bør befinne seg over skjermingsrenten. Se forøvrig LRD av 10. august 1995 inntatt i Utv. 1995 s. 965 der

det påpekes at et avkastningskrav vil gi svært forskjellige resultater avhengig av hvilket år man tar hensyn til fastsettelsen av normalavkastning og hvilket avkastningskrav man velger å benytte.

Et annet moment som også kunne vært aktuell er aksjeporteføljens totale markedsverdi. Som nevnt i kapittel 4.2.5, har det vært uttalt i praksis at en markedsverdi på ca. kr 8 millioner tilsier at det må utøves stor aktivitet med å opprettholde porteføljens verdi. Det kan tenkes at dette, kombinert med antall transaksjoner og omsetningens omfang ville ført til en hensiktsmessig sjablonregel. Eventuelt i sammenheng til et avkastningskrav som justeres hvert år.

Ved fasteiendom er det en langvarig praksis på grensedragningen mellom kapital og virksomhet. Mens det bare er utviklet sjablonregler på utleie av fasteiendom og ikke salg av fasteiendom. Imidlertid er rettspraksis og ligningspraksis lite utviklet på verdipapirhandel og dersom det hadde blitt utviklet sjablonregler på verdipapirhandel ville det kanskje ikke dekket hele rettsbildet. Dette tilsier at det ikke vil være hensiktsmessig å utvikle sjablonregler på verdipapirhandel. Eventuelt at man ventet et par år slik at rettsutviklingen hadde fått et større omfang på området verdipapirhandel.

6 Spesielt om venturevirksomhet.

En særlig problemstilling oppstår i forhold til det man kan kalle joint venture eller prosjektfellesskap, se bl.a. selskapsl. § 1-1 (4). Typisk for disse fellesskap er at skattyter investerer i selskaper som er i starts fasen, der det blir inngått økonomisk samarbeidsavtale som drives i felleskap av to eller flere parter. En slik avtale kan være inngått for et unikt prosjekt som f.eks. oljeboring. Reglene om deltakerligning etter nettometoden gjelder ifølge sktl. § 10-40 (2) ikke for joint venture jf. lignings-ABC 2008/09 side 271 under punkt 2.2.

Investering i slike selskaper krever stor innsikt ettersom de er nystartet og ikke har en lang fortid bak seg som kan vise hvor stabilt selskapet er. Vurderingen av om venturevirksomhet skal sees som passiv kapitalinntekt eller virksomhet, kan være annerledes enn ved aksjehandel på Oslo børs.

Et godt eksempel på dette er LRD inntatt i Utv. 2007 s. 54. Gudmund Strømsnes startet med fiskeoppdrett i Flora kommune i 1980-årene, og bygget etter hvert opp en betydelig formue. I denne saken krevde Strømsnes fradrag for et udekket underskudd, tilbakeført i hans tidligere inntekt som følge av opphør av hans virksomhet, jf. sktl. § 14-7 jf. § 6-3. I denne sammenheng anførte han at han hadde drevet virksomhet knyttet til kjøp og salg av aksjer i perioden 2000 og 2001. I 2000 solgte han noen av sine aksjer og hadde en gevinst på ca. 96 millioner kroner. Det skjedde så et fall i aksjemarkedet i næringen i 2000 og 2001 der han valgte å selge alle sine eiendeler og aksjer som resulterte i et betydelig tap på ca. 100 millioner kroner.

Både tingretten og lagmannsretten kom enstemmig frem til at skattyter hadde drevet virksomhet knyttet til kjøp og salg av aksjer og at tapet ved opphør av denne virksomheten kunne avregnes mot hans inntekt fra de to foregående år. Dommen er ikke anket videre til Høyesterett.

Lagmannsretten viste i sin begrunnelse til at skattyter hadde vært tungt engasjert i virksomhet innenfor fiskeoppdrett, men som fra et gitt tidspunkt vendte sitt engasjement fra aktiv deltakelse i daglig drift til handel med aksjer i næringen. I denne forbindelse ble det lagt vekt på Strømsnes redegjørelse for det arbeid han gjorde. Det ble opplyst at en enkelt transaksjon medførte arbeid i to dager og at selv om han satt på en betydelig kompetanse, var det nødvendig med et omfattende forarbeid før han kunne involvere seg i det prosjekt som var til vurdering. Dette mente lagmannsretten var en aktivitet som gikk langt ut over det som kunne regnes som passiv kapitalplassering. Det ble også lagt vekt på at hans aksjekjøp delvis hadde vært finansiert gjennom betydelige låneopptak og at dette nødvendiggjorde arbeid i et omfang ut over det som er vanlig ved rent passiv kapitalplassering. I sammenheng til dette var det også av stor betydning at skattyter hadde investert med betydelige summer.

Saken illustrerer at det konkret tillegges avgjørende vekt på andre faktorer enn de som er nevnt i forarbeidene og ligningspraksis. Det blir altså lagt avgjørende vekt på skattyters arbeid i forbindelse med forberedelser før en eventuell investering i venturevirksomhet. Og at det var foretatt investering av større omfang, derav delvis låne finansiert. Dette tilsier at det konkret, ikke nødvendigvis er av stor betydning hvor mange transaksjoner som er blitt utført. Men at det etter en helhetsvurdering kan være andre faktorer knyttet til den type aktivitet, i dette tilfellet venturevirksomhet, som har større relevans i vurderingen av om skattyter driver virksomhet i skatterettslig forstand.

7 I hvilken utstrekning kan ulike aktiviteter vurderes under ett ved avgjørelsen av om skattyter driver virksomhet?

Det må skilles mellom ulike skattesubjekter som driver en type aktivitet sammen og skattyters ulike aktiviteter. Problemstillingen er for det første om skattyters egne aktiviteter kan vurderes under ett. Og for det andre er spørsmålet i hvilken utstrekning skattyters aktivitet skal vurderes sammen med andre skattesubjekters aktivitet ved avgjørelsen av om skattyter driver virksomhet. Betydningen av disse problemstillingene oppstår der hvor en aktivitet alene ikke er tilstrekkelig til å kunne karakteriseres som virksomhet, men etter en samlet vurdering av aktivitetene, anses virksomhetskravet for å være oppfylt.

7.1 Skattyters ulike aktiviteter

Det følger av rettspraksis¹² at avgjørende for om skattyter driver en eller flere virksomheter er om skattyter rent faktisk og økonomisk har holdt aktiviteter hver for seg, eller om han har drevet disse som en integrert enhet. Integrasjonen kan gå på felles anlegg, f.eks. et felles kontor, et felles personale, et felles regnskap, et felles finansieringsopplegg mv.

Videre følger det av lignings-ABC 2008/09 s. 1332 under punkt 7.1, at det må vurderes konkret om hvorvidt det foreligger en eller flere virksomheter. Ved denne vurderingen må en ta stilling til om det foreligger tilstrekkelig innholdsmessig og økonomisk nærhet i de virksomhetene som vurderes. Utover det som fremkommer i rettspraksis, nevnt ovenfor, kan det bl.a. legges vekt på om det er felles administrasjon, om det omsettes eller produseres samme art av varer eller tjenester og om det er samme kundekrets. Oppregningen er ikke uttømmende og andre momenter kan vektlegges. Det står videre at det selv om det er en innholdsmessig og/ eller økonomisk nærhet mellom aktivitetene vil det ikke alene være avgjørende, men at det taler sterkt for at aktivitetene skal anses som én virksomhet.

De ulike typetilfellene som kan oppstå er bl.a. for det første der hvor skattyter kjøper og selger aksjer, men at det er av ulike porteføljer. Mest sannsynlig er det tilstrekkelig innholdsmessig og økonomisk nærhet mellom disse to aktivitetene, ettersom begge aktivitetene går ut på kjøp og salg av aksjer. Og selv om det ikke hadde vært tilstrekkelig økonomisk nærhet mellom dem så ville det nok mest sannsynlig være tilstrekkelig at innholdsmessig går begge aktivitetene ut på kjøp og salg av aksjer. På en annen side kan det tenkes at den ene porteføljen inneholdt aksjer som ikke hadde rent økonomisk karakter som til eksempel var kjøpt for eierrettigheter og kontrollmyndighet som aksjene gav, i tillegg til at de var annerledes finansiert og administrert av noen andre som skattyter ikke ble identifisert med. Men da ville mest sannsynlig ikke kriteriet til virksomhet vært oppfylt heller. Men kjøp og salg av aksjer i to forskjellige porteføljer ville nok i utgangspunktet hatt tilstrekkelig innholdsmessig og økonomisk nærhet, slik at de ble ansett som én virksomhet.

¹² Se Aarbakke, Skatt på inntekt. Oslo 1990 s. 131 vedrørende rettskildene.

For det andre kan det være at skattyter kjøper og selger aksjer på Oslo børs i tillegg til at han investerer i obligasjoner og fond. I utgangspunktet er aksjer og obligasjoner eller fond, innholdsmessig ulike. Men det kan være økonomisk nærhet mellom dem. Ettersom obligasjoner og fond i utgangspunktet er langsiktig investering skal det mye til før man i det hele tatt kan si at de oppfyller kriteriet til aktivitetens omfang. Dersom skattyter kjøper og selger obligasjoner i samme inntekts år og investerer hyppig i høyrisiko fond kan det allikevel tenkes at kriteriet til aktivitetens omfang er oppfylt. Og da gjenstår spørsmålet om det er tilstrekkelig nærhet mellom de ulike aktivitetene. Men i utgangspunktet er det to ulike aktiviteter, der obligasjoner og fond har karakter av å være passiv kapitalinntekt som ikke bør tas med i vurderingen av om skattyter driver én samlet virksomhet.

For det tredje kan det være at skattyter driver med kjøp og salg av aksjer i tillegg til at han investerer i eiendom. F.eks. kjøp og salg av eiendommer og/ eller utleie av fast eiendom. I utgangspunktet er aksjehandel og utleie av eiendom to aktiviteter som innholdsmessig er ulike. Vi tenker oss at skattyter driver med ren aksjehandel ved siden av utleie av fast eiendom. I et slikt tilfelle skal det nok mere til for at det skal kunne sees på som én virksomhet. Det som taler i mot er at aktivitetene er innholdsmessig ulike. På en annen side kan det tale for én virksomhet at de er finansiert av den samme låne institusjon, drives av den samme skattesubjekt, at det er den samme revisor som står for regnskap av driften og aksjehandelen mv. Det vil si at aktivitetene må drives som en integrert enhet. Og desto større økonomisk nærhet det er mellom de ulike aktivitetene desto mere taler det for at de kan anses som én virksomhet. Se forøvrig lignings-ABC 2008/09 på side 1332 under punkt 7.1.

7.2 Ulike skattesubjekter

Utgangspunktet er at ulike skattesubjekter skal vurderes hver for seg ved avgjørelsen av om de driver virksomhet. Ved forvaltning av eiendommer vil det nok være praktisk for flere skattesubjekter å kunne ha en felles virksomhet. Derimot er det lite praktisk når det gjelder forvaltning av verdipapirer. Begrunnelsen for det er at ved fasteiendom så vil hele

eiendommen som regel være en enhet. Og det er da praktisk å eie og/ eller drive forvaltning av eiendommen sammen. For eksempel en eiendom som koster 10 millioner kroner. Flere skattesubjekter kan da investere i samme eiendom og drive den felles. Mens når det gjelder aksjer så er verdien på hver aksje betydelig mindre og kan eies og/ eller forvaltes av en skattyter. Investerings summen er da betydelig mindre ettersom aksjer som regel kan kjøpes enkeltvis. Man slipper også å ha felles drift som krever mere planlegging og konsultasjon med samarbeidspartnere. Teoretisk sett kan også ulike skattesubjekter som driver med verdipapirhandel også vurderes samlet dersom det er foreliggende tilstrekkelig innholdsmessig og økonomisk nærhet i de virksomhetene som vurderes. Se forøvrig resonnementet nevnt i avsnitt 7.1.

8 Kan skattyter velge å beholde finansaktiva privat ved vurderingen av om han driver virksomhet ?

Spørsmålet er om det ved vurderingen av om skattyters handel med aksjer er virksomhet, kan velges hvilke aksjer som skal inngå i virksomheten og hvilke som skal fortsette å være passiv kapitalinntekt.

Det følger av FSFIN § 11-20-5 første ledd at det ved omdanning av virksomhet til aksjeselskap, må aktivitet og driftsmidler i den næring som omdannes, i sin helhet overføres til den nystiftede aksjeselskapet. I bestemmelsens fjerde ledd er det imidlertid presisert at aksjer og andre finansaktiva fritt kan overføres. Ordlyden i fjerde leddet tilsier at det kan velges hvilke finansaktiva som skal overføres. En slik tolkning ble også lagt til grunn bl.a. i en bindende forhåndsuttalelse fra 2005.

I BFU 27/05 drev skattyter aksjehandel i sitt enkeltpersonforetak. Skattyter ønsket å omdanne sin virksomhet til aksjeselskap, men beholde obligasjonene i enkeltpersonforetaket. Obligasjonene som var ønsket beholdt privat, utgjorde ca 12 % av samlet portefølje og hadde en markedsverdi på kr 4 300 000. Skattedirektoratet kom frem til at både finansaktiva knyttet til næring og finansaktiva som ikke er knyttet til næring kan

velges overført ved omdannelsen. Dermed kunne man også velge å beholde finansaktiva i enkeltpersonforetaket, selv om de inngår i den næring som omdannes, dersom det som omdannes fremdeles utgjør virksomhet i skattelovens forstand. Skatteyters langsiktige obligasjonsportefølje kunne derfor holdes utenfor ved omdannelsen av hans virksomhet til aksjeselskap.

Skattyter kan selv velge hvilke finansaktiva som skal beholdes privat. Dvs. dersom skattyters aktiva utgjør virksomhet, kan skattyter velge å beholde det overskytende som passiv kapital, med mindre dette i seg selv også utgjør virksomhet.

På en annen side var det i BFU 27/05 en langsiktig investering som skattyter ønsket å holde utenfor virksomheten. Dette taler for at bare langsiktige investeringer som kan velges holdt utenfor virksomheten. Videre er det av hensyn til enkel saksbehandling at det ikke bør skilles mellom enkelt aksjer. Det vil være enklere å ta en konklusjon av om verdipapirhandel som en helhetlig vurdering er virksomhet eller ei. Dersom skattyter kunne velge å holde utenfor kortsiktige investeringer ville dette kunne lett ført til komplikasjoner ved avgjørelsen av om virksomhets kravet var oppfylt. Derimot bør det ikke føre til komplikasjoner at skattyter ønsker å holde utenfor langsiktige investeringer. Disse vil jo allikevel ikke kunne oppfylle kriteriene i utgangspunktet. Se forøvrig kapittel 7 angående innholdsmessig og økonomisk nærhet mellom ulike aktiviteter ved avgjørelsen av om flere aktiviteter skal vurderes samlet.

Dersom skattyters aktiva utgjør virksomhet, kan skattyter velge å beholde det overskytende som passiv kapital, med mindre dette i seg selv også utgjør virksomhet.

9 Kan skattyters skatteposisjon overføres til nytt skattesubjekt?

Spørsmålet er om aktiviteten til skattyter kan overdras til nytt skattesubjekt. Dette kan ha betydning i flere relasjoner. Dersom skattyter ønsker å selge hele sin kapital til et nytt skattesubjekt, kan det være av betydning for den nye kjøper om han kan fortsette på tidligere skattyters aktivitet eller bare overta hans ”virksomhet” selv om den ikke er lignet

som virksomhet enda. Realisasjon kan forekomme også på ulike måter og det kan ha betydning i de forskjellige relasjonene om aktiviteten til skattyter kan overføres.

I BFU 103/04 ønsket skattyter som var enke etter X å omdanne virksomheten til et aksjeselskap. Denne driften var i alle år drevet av X. Skattyter overtok driften i uskifte i 2003 og i 2004 var det forespørsel om bindende forhåndsuttalelse fra Skattedirektoratet om driften kunne anses som virksomhet. Skattedirektoratet kom frem til at driften av eiendommene var å anse som virksomhet i skatterettslig forstand. De la blant annet vekt på at utleien av eiendommene var pågått i over mange år. Skattedirektoratets vurdering av omfanget knyttet seg til den avdøde. Imidlertid tok de ikke tatt stilling til spørsmålet om avdødes aktivitet kan overføres.

Etter sktl. § 9-2 nr. 3 litra b og c, omfatter ikke realisasjon ved blant annet arveovergang ved dødsfall og skifte av dødsbo. Dette trekker i retning av at man kan legge til grunn arvelaters eller avdødes skatteposisjon ved overføringen.

Det følger videre av sktl. § 10-33 at ved arv og gave av visse aksjer og andeler, trer arvingen eller gavemottakeren inn i arvelaters eller givers, øvrige skattemessige posisjoner tilknyttet aksjen eller andelen. Dette taler også for at en ny skattesubjekt kan fortsette på tidligere skattyters aktivitet.

Lignende er det også ved sktl. § 9-3 nr 2 litra b, om brukstidskravet. Ved brukstidskravet, kan ektefeller godskrives hverandres brukstid, jf. lignings-ABC 2008/09 side 225 under punkt 10.2.3. Bruk av boligen før ekteskapets inngåelse av den ene ektefelle regnes med ved vurderingen av om botidskravet er oppfylt for den annen. I Lignings-ABC er det videre lagt til grunn at dette gjelder også hvor den ektefellen som brukte boligen, er død på realisasjonstidspunktet.

Dette tilsier at det gjelder et generelt prinsipp om at skattyters aktivitet kan overføres ved dødsfall. Imidlertid gjelder dette bare for overføring ved dødsfall.

Utgangspunktet må kunne være at hvert skattesubjekts skal sees for seg, men at det i ovennevnte tilfelle må det gjelde et unntak på grunn av særskilte hensyn. Et slikt hensyn som ved kontinuitetsprinsippet ved arv er at man ikke skal ha skattemessige incentiver for overføring. Ved ordinær realisasjon kan det ikke sees at slike særskilte hensyn gjør seg

gjeldende. Dette taler for at skattyters skatteposisjon ikke kan overføres ved realisasjon. Dette må imidlertid bare være utgangspunktet. Ved overføringer som ikke omfattes av realisasjonsbegrepet, jf. sktl. § 9-2 nr 3, kan skattyters skatteposisjon overføres. Sktl. § 9-2 nr. 3 er ikke uttømmende, slik at andre tilfeller kan omfattes.

Kildeliste:

Litteraturliste

Aarbakke, Magnus. Skatt på inntekt. 4. utg. Oslo, 1990.

Zimmer, Frederik. Lærebok i skatterett. 5. utg. Oslo, 2005.

Aarbakke, Magnus. Virksomhetsbegrepet i Norsk skatterett. Oslo, 1967.

Gjems-Onstad, Ole. Norsk bedriftsskatterett. 7. utg. Oslo, 2008.

Lovgivning

1999 Lov om skatt av formue og inntekt (skatteloven) av 26. mars 1999 nr 14.

1997 Lov om verdipapirhandel (verdipapirhandelloven) av 19. juni 1997 nr 79.

1997 Lov om folketrygd (folketrygdloven) av 28. februar 1997 nr 19.

1985 Lov om ansvarlige selskaper og komandittselskaper (selskapsloven) av 21. juni 1985 nr 83.

Forskrifter

Forskrift til skatteloven, FSFIN av 14. apr. 2009 nr. 423

Forarbeider og uttalelser

Ot.prp.nr. 86 (1997-98)

Ot.prp.nr. 92 (2004-05)

Utv. 1993 s. 495 FIN

Ligningspraksis

Lignings-ABC 2008/09

BFU 91/04

BFU 103/04

BFU 27/05

BFU 07/06

BFU 20/06

BFU 21/06

BFU 22/06

BFU 24/06

Rettspraksis

Rt. 1973 s. 931 Holst.

Rt. 2000 s. 1981 Fabcon.

Rt. 2002 s. 996 Skoog Hedren.

Rt. 1985 s. 319 Ringnes.

Rt. 1965 s. 1159 Vister.

Rt. 1950 s. 482

Rt. 1934 s. 229

Rt. 1967 s. 1570

Utv. 1991 s. 673 TRD

Utv. 1995 s. 965 LRD

Utv. 1996 s. 616 TRD

Utv. 1997 s. 89 LRD

Utv. 2006 s. 444 TRD

Utv. 2007 s. 54 LRD